

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

This full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/14341>

Please be advised that this information was generated on 2014-11-11 and may be subject to change.

GRONDRECHTEN IN DE NIEUWE GRONDWET: VIJF JAREN TOEPASSING IN WETGEVING EN RECHTSPRAAK

1 Inleiding

De Grondwetsherziening van 1983 is door velen beschouwd als een grote, technisch-cosmetische operatie. Van de voor de herziening bij een aantal politici levende idealen (?) is nauwelijks iets verwezenlijkt: geen gekozen kabinetsformateur, geen evenredige vertegenwoordiging in districten, geen toetsing van de (toepassing van de) formele wet aan de Grondwet. Toch is er wel *iets* gebeurd. Het aantal "klassieke" grondrechten is uitgebreid, "sociale" grondrechten zijn opgenomen. De grondwetgever van 1983 beoogde de grondrechtenbescherming bovendien te verhogen door a) de grondrechten niet alleen te doen gelden voor de "gewone burger", doch ook voor "personen in een bijzondere rechtspositie", door b) een strikt geregeld stelsel van de delegatiemogelijkheden, door c) de verwerping van niet op een grondwettelijke beperkingsclausule berustende algemene beperkingen, door d) het aandringen op erkenning van horizontale werking van grondrechten, door e) aanname van zogeheten rechtstreekse werking van grondrechten, door f) aanvaarding van een "socialiserende interpretatie" van klassieke grondrechten alsmede door g) de grondrechten niet alleen te doen gelden tegenover de overheid optredend krachtens publiekrecht doch ook krachtens privaatrecht.¹ Het doel van deze beschouwing is te achterhalen of en in hoeverre in de praktijk van de (ontwerp)wetgeving en de jurisprudentie bij de tekst van de Grondwet en de bedoelingen van de grondwetgever wordt aangesloten. Daarbij wordt deels teruggesproken op de preadviezen en coreferaten voor de staatsrechtconferentie 1987, waar uitvoeringswetgeving van de nieuwe Grondwet aan de orde was.² Ook wordt recente jurisprudentie vermeld. Men kan deze bijdrage zien als een globale evaluatie van de toepassing van de belangrijkste (beoogde) constitutionele vernieuwingen op het gebied van de grondrechten.

1 Vgl. C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, p. 39 e.v., Deventer 1987.

2 *De wetgeving ter uitvoering van Hoofdstuk 1 van de Grondwet, Staatsrechtconferentie 1987*, Zwolle 1988.

2 Personen in een bijzondere rechtspositie

Personen in een bijzondere rechtspositie zijn diegenen die zich mogen verheugen in een bijzondere relatie tot of een bijzondere zorg van de zijde van de overheid, zoals daar zijn: ambtenaren, militairen, gedetineerden. Inzake laatstgenoemden bevat artikel 15, vierde lid, GW een speciale bepaling die, zonder enige competentieregeling, beperking van de uitoefening van grondrechten mogelijk maakt, voor zover die uitoefening zich niet met de vrijheidsontneming verdraagt. Inzake ambtenaren en militairen ligt de zaak anders. Beperkingen van hun grondrechten moeten vervat zijn in een formele wet, dan wel daarop berusten. Vanuit de optiek van de beperkingsmogelijkheden is hun grondrechtelijke positie dezelfde als die van de "gewone burger". De wetgever is spoedig aan de slag gegaan en heeft onlangs voor ambtenaren en militairen een wettelijk regime tot stand gebracht dat spoort met de grondwettelijke beperkingssystematiek.³ Deze wetten codificeren voornamelijk de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep inzake de uitoefening van grondrechten door ambtenaren.⁴ Materieel zijn zij als overbodig te beschouwen. Formeel waren zij echter vereist als gevolg van het nieuwe grondwettelijke beperkingsstelsel.⁵

Opvallend is dat de wetgever niet meent te moeten volstaan met regeling van de uitoefening van grondrechten door ambtenaren en militairen. O.a. artikel 55 van het voorstel voor een nieuwe Gemeentewet⁶ en artikel 56 van het voorstel voor een nieuwe Provinciewet⁷ bevatten voorschriften inzake oplegging van geheimhouding aan leden B & W en GS.⁸ De toelichting motiveert dit soort voorschriften als volgt: "De verplichting tot geheimhouding betekent een beperking van de vrijheid van meningsuiting. In verband daarmee moet het opleggen van een geheimhoudingsplicht in overeenstemming zijn met de eisen die artikel 7 van de Grondwet aan beperkingen van dit grondrecht stelt."⁹ Kennelijk is de ontwerp-wetgever van oordeel dat ook politici in hun kwaliteit een beroep op grondrechten kunnen doen. Men kan zich afvragen of de ontwerp-wetge-

3 Wetten van 20 april 1988 tot wijziging van de Ambtenarenwet, Stb. 229, 230 (wetsvoorstel 19495 en 20224); Wet van 20 april 1988, Stb. 288 tot wijziging van de Militaire Ambtenarenwet en de Wet Rechtstoestand Dienstplichtigen (wetsvoorstel 20033).

4 Zie o.a. CRvB 12 november 1985, AB 1986, 579 m.nt. C.A.J.M. Kortmann en HH.

5 Zie voor de vraag of de bepalingen inzake reisbeperkingen van ambtenaren niet in strijd zijn met het grondwettelijke verbod van delegatie, vervat in art. 2, vierde lid, GW, onder 3.

6 TK 1985-1986, 19403.

7 TK 1986-1987, 19836.

8 Gelijksortige voorschriften worden voorgesteld inzake leden van de Raad, van PS en van commissies.

9 TK 1985-1986, 19403, nr. 3, p. 83 (?)

ver hier de strekking van de grondrechten geen geweld aan doet. Nog meer dan ambtenaren en militairen vormen de politici de overheid zelf. Het is dan merkwaardig de (klassieke) grondrechten, die zich in essentie tegen de overheid richten, voor hen te laten gelden. Bovendien, dient men in de optiek van bovengenoemde bepalingen dan ook geen bij formele wet geregelde geheimhoudingsplicht te creëren voor de leden van de ministerraad, van de Kamers der Staten-Generaal en zelfs voor de Koning? Men kan, ondanks alle goede bedoelingen, de betekenis van grondrechten overdrijven, waardoor zij iets ridicuuls krijgen. Qui trop embrasse, mal étreint.

3 Het delegatiestelsel

De Grondwet van 1983 bevat een terminologisch strak geregeld delegatiestelsel. Slechts daar waar zij spreekt van: "bij of krachtens de wet", "de wet regelt", "de wet stelt regels" of een vergelijkbare formulering is delegatie geoorloofd.¹⁰ Onder delegatie verstond de regering overdracht of toekenning van discretionaire, essentiële of belangrijke bevoegdheid van regerende of beschikkende aard.¹¹ In geval van een verbod van delegatie zou de formele wet slechts "uitvoeringsbevoegdheden" mogen toekennen. Deze bevoegdheden zijn dan - kennelijk - niet van discretionaire, essentiële of belangrijke aard. Het ziet er naar uit dat de grondwetgever de wetgever (en de rechter) voor een lastig probleem heeft gesteld. Wanneer is er sprake van ongeoorloofde delegatie en van geoorloofde uitvoering? Zo verdedigt Olde Kalter dat de bevoegdheid om bij KB een categorie landen aan te wijzen (art. 21 wetsvoorstel inlichtingen en veiligheidsdiensten) waarheen bepaalde ambtenaren niet mogen reizen te beschouwen is als een uitvoeringsbevoegdheid. Er is aldus geen strijd met het delegatieverbod van artikel 2, vierde lid, GW.¹² Men kan echter niet ontkennen dat de aanwijzing bij KB grotendeels bepalend is voor het aantal landen, waarnaar gereisd mag worden. Als er al sprake is van uitvoeringsbevoegdheid, dan is deze ruim van aard en is de grens met bevoegdheden krachtens delegatie moeilijk te trekken.

De Wet openbare manifestaties¹³ bevat in artikel 9, tweede lid, een toekenning van - belangrijke - discretionaire aanwijzingsbevoegdheden

10 Hier wordt niet ingegaan op de vraag of "decentraliserende delegatie" al dan niet geoorloofd is.

11 Vgl. C.A.J.M. Kortmann, *o.c.* (1987), p. 25 e.v.

12 C.J.G. Olde Kalter, 'Wetgeving betreffende het recht het land te verlaten en het habeas corpus-beginsel in uitzonderingstoestanden (veiligheidsinternering)', in: *De wetgeving ter uitvoering van Hoofdstuk I van de Grondwet, o.c.*, p. 54.

13 Wet van 20 april 1988, Stb. 157.

aan de burgemeester ter bestrijding van gedragingen die het functioneren van o.a. diplomatieke vertegenwoordigingen aantasten. Bij deze aanwijzingen is de burgemeester zelfs niet gebonden aan de doelcriteria van de artikelen 6, tweede lid, en 9, tweede lid, GW. Desondanks kwalificeerde de regering in de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer¹⁴ de bevoegdheden van de burgemeester als uitvoeringsbevoegdheden. Kennelijk is de wetgever hier van oordeel geweest dat de grondwettelijke delegatiesystematiek moest wijken voor de volkenrechtelijke gehoudenheid diplomatieke vertegenwoordigingen te beschermen.¹⁵

Een derde voorbeeld van de door de grondwetgever opgeroepen delegatieproblemen bieden de artikelen 174 en 175 van het voorstel voor een nieuwe Gemeentewet. Afgezien van het feit dat de artikelen bevoegdheden verlenen die buiten de grondwettelijke doelcriteria vallen, bevatten zij, in strijd met wat de regering tijdens de grondwetsherziening verlangde, geen specifieke delegatie van grondrechtenbeperkende bevoegdheden.¹⁶

Tenslotte zij gewezen op een vondst vervat in het regeerakkoord dat ten grondslag lag aan het kabinet Lubbers II en die inmiddels in een nota van wijziging is opgenomen. Het regeerakkoord en de Nota wensen "decentraliserende delegatie" op het terrein van de deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden bedoeld in artikel 23 GW uit te sluiten en bevatten terzake een wijzigingsvoorstel op het aanhangige eerste lezingsvoorstel.¹⁷ Gedecentraliseerde uitvoering dient echter mogelijk te blijven. Om te voorkomen dat overdracht van bevoegdheden aan gedecentraliseerde besturen door de rechter als ongrondwettige delegatie wordt gekwalificeerd, zal de formele wetgever bepalen welke onderwerpen als uitvoering zijn te beschouwen. In een dergelijke constructie is de grondwettelijke delegatieproblematiek grotendeels opgelost. Als de wetgever met zoveel woorden stelt dat uitoefening van een bepaalde bevoegdheid uitvoering inhoudt, is de kous af. Een rechter zal dat oordeel moeten aanvaarden, gezien artikel 120 GW.

Uit de bovenstaande voorbeelden moge blijken dat zelfs de grondwetsgetrouwe (ontwerp)wetgever niet of slechts met moeite in staat is aan de oorspronkelijke en nogal rigide pretenties van de grondwetgever te voldoen. De "redelijke interpretatie" wint het van de bureelachtige dogmatiek van de grondwetgever. De bescherming van de grondrechten moet ook op het punt van de delegatieproblematiek worden afgewogen tegen die van andere zwaarwegende belangen.

14 EK 1987-1988, 19427, nr. 135b, p. 7

15 Zie voor deze problematiek o.a. C.A.J.M. Kortmann, *o.c.*, p. 91, en de daar in noot 319 aangehaalde literatuur.

16 Vgl. A. Verhey, 'De burgemeester in nood(toestand)', in: *NJB* 1987, p. 237, e.v.

17 Wetsontwerp 19032.

4 De algemene beperkingen

Tijdens de totstandkoming van de Grondwet 1983 verdedigde de regering het standpunt dat beperkingen van grondrechten slechts dan toelaatbaar zijn, indien zij te herleiden zijn tot een grondwettelijke beperkingsclausule. Ook voorschriften die niet met het oog op de beperking van de uitoefening van een grondrecht zijn vastgesteld moeten dus voldoen aan deze eis. Als tegenwicht tegen de hierdoor veroorzaakte zware last voor de formele wetgever meende de regering dat men een grondrecht echter wel "redelijk" moet interpreteren.¹⁸

De regering was zelf de eerste of een der eersten die zich gedwongen zag tot een "redelijke" interpretatie. Het betrof de - beruchte - kwestie inzake artikel 12, tweede lid, GW. In de redactie van 1983 stond dit lid geen uitzonderingen toe op de daarin vervatte vereisten van voorafgaande mededeling van het doel van het binnentreden, van voorafgaande legitimatie en van verslaglegging. Het artikel werkte volgens de regering bovendien rechtstreeks¹⁹, zodat artikel 140 GW niet van toepassing zou zijn. Dit veroorzaakte problemen bij situaties waarin ernstig en onmiddellijk gevaar dreigde voor de veiligheid van personen alsook bij de opsporing van misdrijven waardoor de rechtsorde ernstig wordt geschokt. Om de rechtmatigheid van binnentreden onder dergelijke omstandigheden zonder voorafgaande legitimatie en mededeling vast te leggen werden twee circulaires uitgevaardigd. De grondwettigheid ervan werd verdedigd met de stelling dat artikel 12, tweede lid, volgens de bedoeling van de grondwetgever geen absolute betekenis had. De afloop van deze affaire is bekend: de Hoge Raad paste artikel 140 wel toe op anterieure wetten in strijd met artikel 12, tweede lid (oud), bij de grondwetsherziening van 1987 is het lid gewijzigd.²⁰ Hoe dat ook zij, deze geschiedenis biedt een goed voorbeeld van de noodzaak van een "redelijke" uitleg van grondrechten, als men alleszins "redelijke" grondrechtbeperkende normen en praktijken die niet tot een beperkingsclausule herleidbaar zijn wil sauveren.²¹ Nu was deze casus in zoverre bijzonder dat de regering door middel van interpretatie trachtte te ontkomen aan erkenning van bijzondere, niet op een grondwettelijke beperkingsclausule berustende beperkingen. In het merendeel van de gevallen gaat het echter om algemene beperkingen. Wil men deze niet erkennen en de daarin vervatte normen toch redden, dan gaat men over tot een restrictieve interpretatie van het grondrecht. Zo valt onder

18 Vgl. C.A.J.M. Kortmann, *o.c.*, p. 53 e.v. Deze redelijke interpretatie zal meestal neerkomen op een enge uitleg van de reikwijdte van een grondrecht. Vide infra.

19 Zie over deze problematiek hierna onder 6.

20 Vgl. C.A.J.M. Kortmann, *o.c.*, p. 100 e.v.

21 Zie ook A.Q.C. Tak, 'Implementatie artikelen 12 en 13 Grondwet 1983', in: *De wetgeving ter uitvoering van hoofdstuk 1 van de Grondwet*, *o.c.*, p. 67, 68.

het grondwettelijke begrip godsdienst of belijden van een godsdienst niet elke gedraging die een persoon als zodanig beschouwt.²² Soms komt de overheid er echter niet met een beperkte uitleg van grondrechten en is zij gedwongen, al dan niet openlijk, de mogelijkheid van niet op een beperkingsclausule berustende beperkingen te erkennen. Een voorbeeld van erkenning door de regering biedt de nota inzake het recht op bewegingsvrijheid.²³ De jurisprudentie erkent, weliswaar in het kader van het Europese mensenrechtenverdrag, ongeschreven beperkingen van het recht op eerbiediging van het privé-leven (art. 8 EVRM).²⁴ De conclusie van het voorafgaande mag zijn dat de verwerping van de mogelijkheid van niet op een beperkingsclausule berustende algemene beperkingen voor de bescherming van de grondrechten weinig betekenis heeft. Zodra de nood aan de man komt, blijkt met een beperkende interpretatie van een grondrecht²⁵ hetzelfde bereikt te worden als met de erkenning van dergelijke beperkingen.

5 De horizontale werking

Zoals bekend toonde de regering zich ten tijde van de grondwetshervorming voorstandster van de erkenning van horizontale werking van grondrechten. De jurisprudentie is echter niet gewijzigd, op een enkele uitspraak van een lagere rechter na.²⁶ Steeds weer zoekt de rechter een oplossing door middel van belangenafweging en "inkleuring" van open (privaatrechtelijke) begrippen. Een recent, zeer duidelijk voorbeeld biedt het arrest van de Hoge Raad inzake het Maimonides Lyceum.²⁷ Volgens de Hoge Raad verschaft noch artikel 23 GW, noch artikel 2 Eerste Protocol EVRM de ouders jegens een particuliere instelling een recht op het verschaffen van onderwijs aan hun kinderen. De artikelen geven de ouders

22 HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 173 (Walburga); Afd. Rspr. 7 april 1983, AB 430 (Antroposofische arts).

23 TK 1978-1979, 15474, nr. 2. Ook de Wet openbare manifestaties lost het vraagstuk van de algemene beperkingen m.i. niet op. Aannemelijk is dat ook deelnemers aan een geoorloofde manifestatie zich zullen moeten houden aan bijv. bepalingen van de wegenverkeerswetgeving en van de milieuwetgeving.

24 HR 9 januari 1987, AB 231 (Bijstandsmoeder). Aandacht verdient het feit dat de HR ongeschreven beperkingen bij art. 10 GW niet geoorloofd acht.

25 Een aardig, recent voorbeeld van restrictieve interpretatie biedt Afd. Rspr. 27 april 1987, Gemeentestem nr. 6848: volgens de Afdeling strekt het in art. 10 EVRM gewaarborgde recht niet zo ver dat het ook de ontvangst van signalen in stereo omvat. Bij zo een uitspraak vraag je je af of de Afdeling veel muziekliefhebbers telt.

26 Ktg. Assen 26 november 1984; Arr.Rb. Assen 25 maart 1986, NJ 1987, 15; Pres.Rb. 's-Gravenhage 9 juni 1987, AB 580.

27 HR 22 januari 1988, AB 96. Zie ook HR 5 juni 1987, NJ 1988, 276, m.nt. J.A. Hofman en B.J.M. van der Meulen.

slechts tegenover de Staat een fundamentele aanspraak op eerbiediging van hun keuze voor onderwijs van een bepaalde richting. Hier is duidelijk sprake van verticale werking.

Vervolgens weegt de Hoge Raad belangen af, waar het gaat om de weigering door de Stichting van welke het lyceum uitgaat Aram Brucker als leerling toe te laten. Het college overweegt: "De in art. 23 Grondwet aan het bijzonder onderwijs gewaarborgde "vrijheid van richting" weegt ... zo zwaar dat het aan degene die ... een instelling van bijzonder onderwijs in stand houdt, in beginsel - behoudens bijzondere omstandigheden waarvan hier geen sprake is - jegens ouders van een kind dat volgens de door hem ten aanzien van die instelling gehanteerde toelatingsnormen van religieuze aard niet voor toelating in aanmerking komt, vrijstaat de door die ouders verlangde toelating te weigeren, ook al hebben die ouders ... een sterke en op redelijke gronden berustende voorkeur voor het onderwijs dat aan de betrokken instelling wordt gegeven, en ook al is de betrokken instelling de enige die onderwijs van deze richting verzorgt." Opvallend in deze uitspraak is dat zelfs de monopoliepositie van het Maimonides Lyceum de Hoge Raad niet tot een ander oordeel brengt. Veelal wordt juist het bestaan van een dergelijke positie aangevoerd om horizontale werking aan (bepaalde) grondrechten te verlenen.

Gezien de jurisprudentie sinds 1983 kan worden aangenomen dat de rechter niet bereid is grondrechten jegens particulieren op dezelfde wijze toe te passen als jegens de overheid. Dit betekent dat de grondwettelijke beperkingssystematiek (competentieregelingen, doelcriteria) slechts in verticale verhoudingen geldt. Naar mijn oordeel zit de rechtspraak aldus op het juiste spoor. Grondrechten richten zich in essentie tegen de overheid; constitutioneel recht, waartoe de grondrechten behoren, betreft de relatie tussen overheidsinstellingen en tussen overheid en onderdaan, niet die tussen burgers onderling. Dit blijkt overigens reeds uit de doelclausuleringen van de artikelen houdende grondrechten. Deze zijn niet toegesneden op particuliere verhoudingen.²⁸ Deze beperkte reikwijdte van het constitutionele recht in het algemeen en van de grondrechten in het bijzonder dient gehandhaafd te blijven ter wille van de vrijheid van de burgers onderling en van de maatschappij tegenover de overheid.

28 Vgl. de noot van FHVdB bij HR 9 januari 1987, AB 231 en die van EAA bij hetzelfde arrest, NJ 928. Zie ook E.M.H. Hirsch Ballin, 'Artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm', in: C.W. Maris (red.), *Gelijkheid en recht*, p. 24 e.v., Deventer/Zwolle 1988.

6 De rechtstreekse werking

Naar het oordeel van de regering zijn de klassieke grondrechten, behalve die vervat in artikel 7, tweede lid, eerste volzin, en artikel 10, tweede en derde lid, rechtstreeks werkende bepalingen in die zin dat anterieure regelingen door deze rechtstreeks werkende bepalingen opzij worden gezet. Artikel 140 GW zou hier dus niet gelden. De anterieure formele wet zou echter toepasselijk blijven krachtens artikel 120 GW. Dit standpunt van de regering is zowel in de jurisprudentie als in de wetgeving aan de orde geweest. De Hoge Raad heeft, althans voorzover het de anterieure formele wet betreft, het standpunt van de regering verworpen en artikel 140 toegepast.²⁹ Over de status van andere anterieure besluiten bestaat geen volstrekte zekerheid. Hirsch Ballin verdedigt, onder verwijzing naar enige jurisprudentie van administratieve rechters, dat anterieure lagere regelingen die strijdig zijn met rechtstreeks werkende grondwetsbepalingen ophouden te gelden. Hij neemt overigens niet snel rechtstreekse werking aan.³⁰ Zijn kunstig betoog overtuigt mij echter niet. In afwijking van zijn visie, zie ik in artikel 140 GW een bijzondere bepaling, die, anders dan artikel 81 Provinciewet en artikel 194 gemeentewet doen, anterieure lagere regelingen *in hun relatie tot de Grondwet* sauveert. Niet voor niets spreekt artikel 140 GW van "andere regelingen en besluiten".

De kwestie is ook aan de orde geweest in het debat over het voorstel van Wet openbare manifestaties. De minister van Binnenlandse Zaken merkte op dat zekerheid over het oordeel van de rechter met betrekking tot de geldigheid van bestaande verordeningen niet te geven is.³¹ Even later stelde de minister: "Ik heb niet zonder reden heel duidelijk stilgestaan bij een tweetal arresten van de Hoge Raad, ook in verband met artikel 140 van de Grondwet. Ik kan niet vooruitlopen op wat een rechter op een gegeven ogenblik in concrete gevallen zoals deze hierover zal besluiten. Ik meen dat artikel 140 van de Grondwet, luidende (volgt citaat art. 140 GW, CK) hiertoe toch enige grond geeft. Hierbij geldt ook wat hierover is gezegd bij de discussie over de Paspoortwet; voor de veronderstelling dat hier geen vacuüm valt".³² Deze passage gaat nog verder dan de eerstgenoemde opmerking van de minister: hij veronderstelt dat artikel 140 GW anterieure lagere regelingen zal beschermen.

Het ziet er naar uit dat ook op dit punt de oorspronkelijke opvattingen van de regering niet (volledig) stand hebben kunnen houden. Niet alleen

29 HR 4 maart 1986, NJ 612; HR 27 mei 1986, NJ 1987, 298.

30 E.M.H. Hirsch Ballin, 'Samenhang, werking en waarborgen van de grondrechten inzake de onschendbaarheid van de woning en het post- en telecommunicatiegeheim', in: *De wetgeving ter uitvoering van hoofdstuk 1 van de Grondwet, o.c.*, p. 89 e.v.

31 Hand. II 1987-1988, p. 2235.

32 Hand. II 1987-1988, p. 2252. Zie ook EK 1987-1988, 19427, nr. 135b, p. 10, 11.

de Hoge Raad denkt anders over artikel 140 GW j° de bepalingen inzake de klassieke grondrechten. De regering zelf lijkt ook "om" te zijn.

7 Socialiserende interpretatie

In het voorgaande is gebleken dat diverse standpunten tijdens de grondwetsherziening 1983 ingenomen later in de jurisprudentie en wetgeving (deels) zijn verlaten of gewijzigd. Er zijn echter aspecten van de grondrechtenproblematiek te vinden die duidelijk wel aansluiten bij de totstandkomingsgeschiedenis van hoofdstuk 1 van de Grondwet. Zo ging men er van uit dat de klassieke grondrechten weliswaar primair aanspraken bieden op onthouding door de overheid, maar dat zij onder omstandigheden ook rechten op prestaties van de zijde van de overheid kunnen opleveren. Dit was overigens reeds het geval voor 17 februari 1983. De Hoge Raad was in een arrest van 25 juni 1982, AB 1983, 37 van oordeel dat het besluit van de directeur van een huis van bewaring geen vergaderfaciliteiten aan een vereniging van gedetineerden ter beschikking te stellen een beperking van de uitoefening van het recht van vereniging en vergadering inhoudt. Dit type jurisprudentie spoort met die van het Europese Hof dat uit (bepaalde) grondrechten eveneens een plicht tot presteren afleidt.³³ Gelijksortige opvattingen zijn te vinden in de doctrine³⁴ en rapporten van ministeriële commissies.³⁵ De gemeenschappelijke achtergrond van deze interpretatie is dat de uitoefening van grondrechten niet alleen juridisch mogelijk moet zijn doch ook feitelijk gerealiseerd moet kunnen worden.

De wetgever blijkt dit standpunt eveneens aan te hangen. Zo wordt de noodlijdende pers krachtens wettelijke voorschriften gesubsidieerd. Ook het feit dat de regering en de Staten-Generaal uit artikel 2, vierde lid, GW een plicht tot het verschaffen van een paspoort of ander reisdocument afleiden, hetgeen strikt juridisch onjuist lijkt³⁶, duidt aan dat klassieke grondrechten onder omstandigheden meer inhouden dan een onthoudingsplicht en karaktertrekken van sociale grondrechten gaan vertonen.³⁷ Is er uit sociale overwegingen wel iets voor een dergelijke interpretatie te

33 Eur. Hof R.v.d.M., 28 mei 1985, NJ 1988, 187.

34 E.M.H. Hirsch Ballin, *Rechtsstaat, grondrechten en subsidieverhoudingen*, preadvies VAR, Alphen a/d Rijn 1988.

35 Zie *Overheid, godsdienst en levensovertuiging*, Eindrapport criteria voor steunverlening aan kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag, p. 9.

36 Vgl. C.A.J.M. Kortmann, 'Coreferaat bij het preadvies van mr. C.J.G. Olde Kalter', in: *De wetgeving ter uitvoering van Hoofdstuk 1 van de Grondwet*, o.c., p. 61 e.v.

37 Te denken is ook aan "positieve discriminatie" in de vorm van subsidiëring.

zeggen, er zijn juridische bezwaren aan verbonden. Op de eerste plaats is moeilijk vast te stellen hoever de plicht van de overheid tot het leveren van prestaties reikt. Dit vraagstuk is bekend van de sociale grondrechten, die dan ook veelal worden gezien als instructienormen. (Zelfs) Hirsch Ballin komt niet verder dan het criterium "rechtsstatelijk tekort".³⁸ Zodra dit zich voordoet of dreigt voor te doen, zou de overheid krachtens de (grondwettelijke) bescherming van de grondrechten verplicht zijn prestaties aan de burgers te leveren. Men kan moeilijk zeggen dat het criterium veel aanknopingspunten biedt om een juridisch oordeel op te baseren.

Op de tweede plaats zijn de beperkingsclausules van de klassieke grondrechten niet integraal toe te passen bij een socialiserende uitleg ervan. Men zal toch niet zonder meer kunnen aannemen dat het niet-subsidiëren van activiteiten als bedoeld in artikel 6 GW bij wet (eerste lid) dan wel bij of krachtens wet (tweede lid) geregeld moet worden. Bovendien zijn de doelclausuleringen niet toegesneden op een socialiserende interpretatie.

Kortom, ook al kan socialiserende interpretatie van grondrechten wenselijk zijn, er zitten zoveel juridische haken en ogen aan vast, dat men daarbij de nodige voorzichtigheid moet betrachten, dit nog afgezien van het feit dat men door deze wijze van uitleg de overheid juist daar binnenhaalt, waar men haar buiten wilde houden. Zelfs (of juist) in een sociale (rechts)staat blijft de afweerfunctie van de klassieke grondrechten van groot belang.

8 De overheid als privaatrechtelijk subject

Tijdens de totstandkoming van de nieuwe Grondwet stelde de regering onweersproken dat de klassieke grondrechten gelden in elke relatie waarin de overheid tot de burger kan staan. Zij gelden dus ongeacht de vraag of de overheid optreedt krachtens publiekrecht dan wel privaatrecht, "als zodanig" dan wel "op gelijke voet". Dit standpunt lijkt in de jurisprudentie niet consequent te worden gevolgd. Uit een arrest van de Hoge Raad van 28 juni 1983, NJ 1984, 65 zou men kunnen afleiden dat het college het censuurverbod van artikel 7, eerste lid, GW niet van toepassing acht op de gemeente als rechthebbende op gemeente-eigendommen. De Centrale Raad van Beroep daarentegen relativeert het feit dat de overheid (tevens) eigenares is van een gebouw in een uitspraak van 12 november 1985.³⁹ Opvallend is echter wel dat hij niet stelt dat de eigendom er in grondrechtelijke verhoudingen niet toe doet, zoals uit de grondwetsgeschiedenis zou volgen. Moet die geschiedenis dan ook op dit punt met een korrel zout

³⁸ Hirsch Ballin, *preadvies VAR, o.c.*, p. 42.

³⁹ AB 1986, 579.

worden genomen? Het antwoord luidt bevestigend als men voor juist houdt wat de regering zelf stelde in de memorie van toelichting op het voorstel van Wet openbare manifestaties⁴⁰: "Voor alle duidelijkheid zij er op gewezen dat onder "kennisgeving" en "vergunning" uitsluitend zijn begrepen de publiekrechtelijke rechtshandelingen, bedoeld in artikel 3, tweede lid, en artikel 4 van de wet. Wanneer de gemeente privaatrechtelijk rechthebbende is - bij voorbeeld bij een gemeentelijk zalen-complex - zal doorgaans wel voorafgaand overleg of toestemming vereist zijn. Hierbij zij nog opgemerkt dat de gemeente ook in haar privaatrechtelijke hoedanigheid de grondrechten van burgers heeft te respecteren. Dit brengt mee dat zij zich *in beginsel* (curs. van mij) heeft te onthouden van een inhoudelijke toetsing van de (on)wenselijkheid van bepaalde uitingen".

In cauda venenum: volgens de memorie is er toch onderscheid tussen de gemeente in haar privaatrechtelijke hoedanigheid en het gemeentebestuur optredend krachtens publiekrecht. In het laatste geval is het immers nooit bevoegd op inhoudelijke gronden een manifestatie niet toe te staan, in het eerste geval geldt het grondwettelijk verbod van inhoudelijke toetsing slechts in beginsel.

Het komt mij voor dat dit wat relativerender standpunt van de regering de voorkeur verdient boven het strakke, ingenomen ten tijde van de grondwetsherziening. Het beheer van overheidsgebouwen en -vervoermiddelen stelt ook zijn eisen en het ware overtrokken goed beheer in het algemeen te moeten doen wijken voor de uitoefening van grondrechten.

9 Besluit

Naar mijn oordeel is er terecht flinke kritiek geweest op een aantal - dogmatische (of pseudo-dogmatische) en rigide - standpunten door de regering ingenomen ten tijde van de grondwetsherziening. Kennelijk was zij indertijd sterk gefixeerd op verhoging van de bescherming van grondrechten, waardoor zij het zicht op de eisen van de praktijk enigszins verloor en het belang van de bescherming van andere rechtsgoederen onderschatte. Inmiddels blijken zowel rechtspraak als wetgeving nogal wat scherpe kanten van de oorspronkelijke stellingen af te slijpen. Het grondrechten-recht wint daarmee aan realiteitswaarde. Het staat minder los van andere normen en waarden van het rechtssysteem, die evenzeer of in ieder geval ook bescherming verdienen. Grondrechten staan niet boven, doch in het overige (constitutionele) recht. Zij dragen een zeker beginselkarakter, zijn van een zekere algemeenheid, die noopt tot afweging in

40 TK 1985-1986, 19427, nr. 3, p. 21, 22.

concrete gevallen door wetgever, bestuur en rechter. In dit opzicht delen de grondrechten in het karakter van het constitutionele recht in het algemeen dat meestal wetgever, rechter en bestuur als normadressaat aanwijst en burgers slechts zelden voor één uitleg vatbare aanspraken verschaft.

Men moet uit het voorgaande echter niet afleiden dat met name de rechter het belang van de bescherming van de grondrechten (te) sterk relativeert. Er is jurisprudentie te vinden, waarin deze bescherming verder reikt dan de Grondwet en haar totstandkomingsgeschiedenis verlangen. De rechtspraak heeft hier blijk gegeven van een klassiek liberaal standpunt. In een arrest van 11 december 1987⁴¹ achtte de Hoge Raad de Kabelregeling 1984, ondanks een mogelijke "escape" via artikel 7, vierde lid, GW, in strijd met het tweede lid van dat artikel. Ook de Afdeling rechtspraak droeg haar steentje bij: zij achtte voorschriften die het feitelijk functioneren van het recht om gedachten en gevoelens (anders dan door de drukpers, C.K.) te openbaren volledig onmogelijk maken in strijd met artikel 7, derde lid, GW.⁴² De parallel, overigens niet vereist, met de verspreidingsjurisprudentie op artikel 7, eerste lid, GW is duidelijk.

Is het toevallig dat beide "liberale" uitspraken artikel 7 van de Grondwet betreffen? Het valt niet te bewijzen. Wel blijkt er uit dat in dit land de vrijheid van meningsuiting hoog staat aangeschreven. Die vrijheid heeft ook Désiré Scheltens genoten, in en buiten de faculteit. Hij heeft daarvan gebruik gemaakt op een wijze die op velen, docenten en studenten, diepe indruk heeft gemaakt: spits zonder spitsvondigheid, wijs zonder eigenwijsheid, zachtmoedig zonder slapheid. Velen zullen hem missen.

41 NJB 1988, p. 16.

42 Afd. Rspr. 19 januari 1987, AB 1988, 58.